de diminut[e] onere ob diminutionem honor[is]

15

513



POR EL MARQVES DEL ALGAVA Y ARDALES, don Pedro Andres de Guzman.

EN EL PLEYTO.

CON DON LVYS DE Guzman, hijo y heredero de don Gaspar Ramirez de Guzman.

SOBRE

Que se ha de reuocar la sentencia de vista, pronunciada en el dicho pleyto, que condenò al Marques, a que dè y pague al dicho don Luys, dos mil ducados en cada vn año, desde que tuuo su padre diez y ocho de edad, hasta que murio. Y a que assi mismo le pague 800U. marauedis, con interesses, desde el dia de la contestacion del pleyto.

En Granada, por Martin Fernandez, Año 1632.



POR
EL MARQVES
DEL ALCAVA Y ARDALES, don Pedro Andres de Guzman.

EN EL PLEYTO.

CON DON LVYS DE Guzman, hijo y heredero de don Gaspar Ramirez de Guzman.

SOBRE

Que se ha de reuocar la sentencia de vista, pronunciada en el dicho pleyto, que condenó al Marques, a que de y pague al dicho don Luys, dos mil ducados en cada vn año, desde que entro su padre en diez y ocho de edad, hasta que murio. Y assimismo le pague lo que montare todo, con intereses, desde el dia de la contestacion del pleyto.

En Granada, por [illegible] Fernandez.

SVpuesto el memorial del Relator, ajustado con las partes, se reduze este papel a tres Articulos, en el discurso de los quales se respõderà a los fundamentos cõtrarios. ¶ En el primero se fundarà, que por tener don Gaspar desde el año de 1621. hasta que murio, tres mil ducados de renta en las partidas q̃ se referiran, no està abligado el Marques por cada vn año de los del dicho tiempo, a pagar dos mil ducados a don Luys, como por la sentencia se manda por razon del legado que dexò a su padre el Marques don Francisco su visabuelo. ¶ En el segundo, que quando sin embargo de lo referido en el primero, no se tuuiesse por exonerado el Marques de pagar los dichos dos mil ducados, por auer salido inciertos los bienes del augmento de mayorazgo en que estã situados, se ha de minorar la paga de ellos, proporcionadamente a la diminucion de bienes q̃ hallò el Marques qnando entrò a gozar, y tiene y ha tenido despues, y de presente el dicho augmento de mayorazgo. ¶ En el tercero y vltimo, que deue ser absuelto el Marques, de los interesses delas ochocieutas mil marauedis del legado del Mariscal de Castilla, en que le condenò la dicha sentencia, por estar compensados con los quatrocientos ducados que en cada vn año pagò para sus alimentos al dicho don Gaspar, desde treze de Octubre de 1620. hasta veynte y seys de Abril de 1628. y que el residuo deue recibirse en cuenta de lo q̃ justamente pareciere deuerse del dicho legado de dos mil ducados.

PRIMVS ARTICVLVS.

1 ¶ Conforme a la clausula del testamẽto de el

el Marques don Francisco, de que se vale la otra parte, para que el Marques don Pedro tẽga obligacion a pagarle los dos mil ducados que pretende en cada vn año; quedò libre el Marques luego que se hallò dõ Gaspar con los dos mil ducados de renta de la dote de su muger, y con los mil y docientos escudos en cada vn año, de que su Magestad le hizo merced, siruiendo en la Armada Real, y con los quatrocientos ducados q̃ el Marques le daua de alimentos, pues eran tres mil y seyscientos ducados de renta; y bastauan los tres mil ducados con qualquiera cantidad que excediesse dellos por pequeña que fuesse; porque la clausula dize: *Y si por algun acontecimiẽto el dicho don Gaspar tuuiere mas de tres mil ducados de renta, los dichos dos mil que yo le dexo, no se le han de dar, y han de boluer al dicho mayorazgo*, donde la palabra, o aduerbio *mas*, no significa adjeccion de suma considerable, sed potiùs se verifica cõ qualquier excesso, vt in l. hæc adiectio, ff. de verb. signific. vbi latè Alciatus, Menoch. de arbitr. casu. 145. num. 4. cum sequent. Cened. sing. 80. num. 1. Augustin. Barbos. de diction. dict. 225. numer. etiam 1.

2 ¶ Y las demas palabras son manifiestas y claras, para que teniendo el dicho don Gaspar en qualquiera manera, por extraordinaria que fuesse, mas de tres mil ducados de renta, estaua libre el sucessor en el dicho mayorazgo, a pagarle los dichos dos mil ducados en cada vn año, quia legatum erat sub conditione resoluẽdum, ex illis verbis. *Y si por algun acontecimiento tuuiere*. Quæ verba, con la diccion *Si*, latine, & si, denotat conditionem, vt ex l. 1. & DD. ibi, ff. de cõditionib. & demonstration. & alijs probat Barbosa, diction. 364. a num. 1. per totam. Imò, fue legado verdaderamente condicional, quia

quando

quando aliquid legatur pure, si sub conditione adimatur, sub contraria conditione datum intelligitur, l. quod pure, ff. quando dies legat. cedat, l. legata in vtiliter, ff. de adimend. legat. & pendente conditione nullum ius habet legatarius, l. cedere diem, ff. de verbor. significat. si ita rescriptum, §. fin. de legat. 2. l. necessario, versic. Quod si sub conditione, ff. de peri. & comm. rei vend.

3 ¶ Y esta condicion sub qua facta fuit ademptio legati, & quæ ipsum legatum fecit conditionalem, fuera capaz de verificarse latissimamente, hoc est, teniẽdo don Gaspar mas de tres mil ducados de renta, por qualquier sucesso, por extraordinario, ò inopinado que fuesse, porque la palabra *por algun acontecimiento*, idem est, quod beneficio alicuius euentus, vt ex Calep. litera P. ante E, & R. fol. mihi 918. col. 2. y explicando la preposicion por, latine, per, iuncta con la palabra *algun*, quæ latè (& etiam contra propriam significationem) intelligitur ratione termini, cui adiicitur Ias. cons. 29. num. 4. volum. 1. & cons. 224. nu. 10. volum. 2. Surd. de aliment. post Tiraq. in l. si vnquam, titul. 9. Barb. de dict. dict. 22. nu. 12. es mayor latitud con que deue interpretarse, por seguirsele la palabra *acontecimiẽto*, que es tan comprehensiua de todo genero de casos y sucessos, que se estiẽde aun hasta los que milagrosamente acontecen, glos. fin. in l. ex his 4. de ff. de legibus, ibi: *Accidere*, id est *miraculosè venire*, exornat Brisson. de verb. sign. verbo *accidere*, versi. Eadem est, elegans text. in princip. Instit. quibus alien. lic. vel non, vbi *accidit aliquãdo*, Menoch. ex Bald. & alijs, cons. 37. num. 98. & sequent. & cons. 34. num. 20.

4 ¶ Y assi teniendo los dichos 3ij600. ducados de renta don Gaspar, desde el año de 621.

estaua el Marques libre de la obligacion de pagarle los dichos dos mil ducados al tiempo que intentò este pleyto, que fue el año de 1626. y solamente el derecho que pudiera tener, seria para pedir por razõ del dicho legado, desde quãdo por su parte se verificasse que auia cumplido los diez y ocho años, hasta el dicho año de 621. porque aquel que se funda en tiempo cierto como don Gaspar, vt patet ex clausula, ibi: *Y estos dos mil ducados los ha de començar a gozar desde que tẽga edad cumplida de diez y ocho años*, deue prouarlo, l. ab ea parte, ff. de probat. cap. Abbate, sanè, §. allegabatur de sent. & re iudic. l. cum actum, ff. de negot. gest. l. cum te, C. de probat. & vtrobique glos. Bart. & cæteri DD. Bald. & in l. matrẽ, n. 2. C. de probat. Stephan. Gratian. discept. foren. tom. 1. cap. 60. num. 17. & cap. 262. n. 9. & cap. 391. num. 21. tom. 2. Mascar. de probat. tom. 3. concl. 1357. ex num. 1.

5 ¶ Y porque el legatario no puede pedir su legado, no auiendo llegado el tiempo en que el testador se le mandò dar, l. si cui, §. hoc autem, ff. de legat. 1. l. si Titio, & l. post diem, ff. quando dies leg. ced. l. si ita scriptum, §. 1. ff. de leg. 2. ibi: *Nam neque pertinet ad nos, antequam dies veniat, aut conditio existat*, l. 1. §. sin autem aliquid sub cõditione, C. de caduc. toll. l. 31. & ibi glos. Gregoriana 2. titul. 9. part. 6. probat Azeued. cons. 22. latè Stephan. Gratian. tom. 2. discept cap. 254. per totum.

6 ¶ Viendo pues la parte contraria, que eo ipso, que tuuiesse don Gaspar con los tres mil ducados de renta que la clausula dize, cessaua la obligacion de pagarle los dos mil ducados en cada vn año, procura desuanecer este fundamẽto, diziendo, que de las tres partidas que estan dichas, solamente gozaua don Gaspar la vna,

que

que eran los quatrocientos ducados de alimentos, pero nunca gozò las otras dos, que fueron la de los dos mil ducados de la dote de su mnger, ni la de los mil y docientos escudos; de que su Magestad le hizo merced: y assi nunca llegò el caso de tener los tres mil ducados de renta, con que auia de cessar la obligacion de pagarle los dos mil ducados sobre que es este pleyto.

7 ¶ Pero esta no es concluyente euasion, y se conuence facilmente con la ponderacion y respuesta de los mismos fundamentos contrarios.

8 ¶ El primero es el testamonio del pleyto de dote inoficiosa, intentado por los suegros y cuñados de don Gaspar. Al qual se respōde, que mientras no constaua por el dicho testimonio que auia cosa juzgada contra el dicho don Gaspar, assistiendole, como le assistia, la disposicion de la l. 1. titul. 2. lib. 5. recop. ibi: *Con que no pueda exceder de doze quentos de marauedis*, que permite hasta en la dicha cantidad las dotes, viene a ser de ninguna consideracion el dicho testimonio: pues sin embargo del auia de cobrar los dos mil ducados de renta; y sustentarle la dicha dote en los dichos doze quentos de marauedis, por lo menos hasta que estuuiesse don Gaspar vencido en todas instancias, por ser excepcion que queria mayor conocimiēto de causa, la que resultaua de si tenian, ò no bienes libres, bastantes para dar la dicha dote los suegros del dicho don Gaspar, y si en ella auian excedido de la dicha ley; y no deuerse admitir en via executiua, como en la que se tratò el pleyto de dōde se sacò el dicho testimonio, ex l. 1. & 2. titul. 21. lib. 4. recopil. cum vulgatis; & relatis in decis. Rotæ, 2. part. diuersor. & Parlad. lib. 2. rer. quotid. c. fi. 5. par. §. 11. num. 40.

9 ¶ De-

9 ¶ Demanera, que con los dichos doze quentos, que hazen treynta y dos mil ducados, y los interesses, a razon de veynte mil el millar, que es a la que se obligaron los suegros de don Gaspar, mientras no le pagauan los quarenta mil ducados que le restauan deuiendo de la dote, y las dos partidas de los gages de su Magestad, y alimentos que el Marques daua a dō Gaspar, se hallaua con mas de tres mil ducados de renta, sin que pudiessen faltar por razon del dicho pleyto, ò excepcion de dote inoficiossa.

10 ¶ Y no solamente esta acciō de dote inoficiosa, era accion de pleyto ordinario, y de tal calidad, que hasta auer en ella cosa juzgada contra don Gaspar, no podia impedir (como impidio) el efecto y execucion de su instrumēto dotal, para yr cobrando y gozando los dos mil ducados de la promesa; pero fue opinion y resolucion de graues autores, que el derecho de reuocar la dote inoficiossa, no es de los suegros, sino de sus hijos despues de su muerte, vt in terminis tradit Ayora, de partic. par. 2. cap. 20. num. 74. per totum, & eum sequitur & defendit Gutierr. lib. 3. pract. q. 42. per totam, maximè à nu. 17. Burg. de Paz, cons. 34. à num. 2. vsque ad n. 20. Petrus Barbos. in l. 2. in princip. 1. par. nu. 171. vers. Item quia fictos, ff. solut. matrim. Pereira, decis. Lusitan. 44. sub num. 5. y assi fue necessario que declarasse y determinasse la duda de aquel pleyto, y que huuiesse en el cosa juzgada contra don Gaspar, para que cessasse el fundamento de tener como tenia corriēte el derecho de cobrar los dos mil ducados en cada vn año, por razon de la promesa de dote.

11 ¶ Demas que hasta el punto en que se deduxo, è intentò aquel derecho de dote inoficiossa, hizo suyos don Gaspar los dichos dos mil

 ducados

ducados de renta, sin que tuuiesse obligacion a restituyrlos por razon del dicho pleyto, vt ex Felin. in cap. de quarta, de præscript. num. 25. probat Matien. l. 3. glos. 7. num. 6. titul. 8. lib. 5. recop. post Baezam, de non melior. cap. 34. n. 1. & sequent. Y assi como consta del dicho testimonio, recibio por cuenta de los dichos dos mil ducados de intereses en cada vn año 137U440. reales, que fue la renta de casi siete años, desde el de 621. en que se casò, hasta el de 628. que fue el en que murio, con que se verifica que tuuo don Gaspar dos mil ducados de renta en cada vn año, por razon de la dicha dote, desde que se casò, hasta que murio, y no ser de consideracion el dicho testimonio.

12 ¶ El segundo fundamento es dezir, que los dichos dos mil ducados de renta no se podiã reputar por hazienda de don Gaspar, sino de su muger, l. 3. §. sed vtrum, vers. Ego quoniam ipsius filiæ proprium patrimonium est, ff. de minoribus. A lo qual se responde. Lo primero, que este texto no excluye que sea assi mismo la dote de la muger hazienda del marido, porque sea del patrimonio della, ni que los frutos, o intereses de la hazienda y dote de la muger, sean propios del marido, porque la verdadera resolucion es, que el marido tiene dominio en los bienes, l. dotale prædium, ff. de fund. dotal. l. si prædium 26. C. de iur. dot. l. doce ancillam, C. de rei vind. l. serendum, §. si fundus, ff. qui satis dat. cog. l. in rebus, §. non enim, C. de iur. dot. ibi: *Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri: ideò rei veritas delata, vel confussa est, volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus, quasi proprijs habere, & hypothecariam omnibus interiorem possidere, vt siue ex naturali iure, eiusdem mulieris res esse intelligantur, siue secun-*

 dùm

dum legum subtilitatem ad mariti substantiā peruenisse videatur. Donde Acursio, verbo *naturali*, explica qual sea este dominio de la muger, diziendo: *Vndè quia promiscue eum viro vtitur cum eo domina eo iure videtur*, assimilando el dominio que se considera del hijo, en los bienes paternos, l. in suis, ff. de liber. & posthum. §. sui, Instit. de hæred. qualit. & differ. de forma que es constante resolucion, que el dominio que se considera en la muger de los bienes de su dote, no es mas de para la seguridad y exaccion dellos, disuelto el matrimonio, ò antes en caso que por razon de su dote, puede la muger deduzir en juyzio, semejante derecho, vt ex prædicta l. in rebus clarè constat. Y assi sin embargo del dicho dominio, el marido es verdadero señor de los bienes de su muger, quo ad omnes iuris efectus, & ita explicat notabiliter glos. in dict. l. sciendum, §. si fundus, ff. qui satisd. cog. ibi: *Et intelliguntur ambo possiderent, sic quò ad euitandam satisdationem, vxor enim nequaquam possidet, vtpote dominio & possessione ex causa dotis in maritum translatis*, eleganter probat Barbos. in l. 2. §. quod si in patris, num. 2. ff. solut. matrim.

13 ¶ Lo segundo se responde, que quando pudiesse ser disputable (que no lo es) la resoluciō de que los bienes dotales en possession y propiedad, se deuen tener y reputar por bienes propios del marido, tamen en quanto a los interesses, o frutos de la dote, nō puede auer, ni ay duda, ni disputa, porque absolutamente pertenecē al marido, y es señor dellos, l. dotis fructus 8. ff de iur. dot. l. pro oneribus, C. eod. l. 25. tit. 11. part. 4. cap. salubriter de vsur. Barb. in l. de diuisione, in princip. ff. solut. matrim. Fontanel. de pact. nupt. tom. 2. glos. 2. par. 2. claus. 6. num. 2. & 3. ibi: *Quod adeò verum est, vt dicunt DD. maritum*

tum esse verum & indubitatũ fructuum dotis dominum. Moltes, cons. 11. num. 38. & 40. posito in sua commentaria, in consuetud. Neapol. y assi los dos mil ducados en cada vn año, dela dicha dote, pertenecian a don Gaspar iure proprio, y era renta y hazienda suya, para sustentar su persona, casa y familia, y las cargas del matrimonio.

14 ¶ A lo qual no obsta el texto in l. Lutius Titius, §. idem respondet, ff. ad municip. donde dize el Iurisconsulto, *Quod licet constante matrimonio, dos in bonis mariti sit; si tamen ad munera municipalia à certo modo substantiæ vocetur dotem non debere computari.* Porque como de las mismas palabras se colige, no se deue hazer caso de los bienes dotales para darle al marido oficio en que se requiera cierta cantidad, no la teniendo fuera dellos; pero para todas las demas cosas si se deuen considerar, l. cum prætor, vnum ex pluribus iudicare vetuit, cæteris communiter videtur, ff. de iudic. l. nam quod liquide, §. si cui, ff. de pœnn. leg. y assi lo entiende la glos. verbo *computari*, alegãdo los textos con que se prueua este entendimiẽto, y el mejor de todos, l. cum te, la 1. C. ne vxor pro mari. donde la glosa, verbo *constet*, alega el dicho §. idem respondit, y de derecho del Reyno se prueua, por la l. 10. titul. 9. lib. 5. recopil. que la muger por el delito del marido no deue perder los bienes dotales, ni los gananciales, y esta es la razon que enel dicho §. idem respondit, no se haze caso de los bienes de la dote de la muger por ser menester que el marido tuuiesse cierta cantidad de bienes con que pudiesse sanear las cargas del dicho oficio, vt ex supradictis glossis probatur, & etiam manifeste colligitur & probatur hac decidendi ratio, ex l. 2. C. ne vxor pro mar. ibi: *Ob maritorum culpam vxoris inquietari leges vetant: proinde rationalis noster si res*

quæ

quæ à fisco occupatæ sunt, que dixo la glosa(nomine mariti, qui eas possidebat) dominij tui esse probaberis (glossa eadem scilicet tu mulier) ius publicũ sequetur, glos. ibi: *Adest faciet tibi reddi, vt hoc publicum ius seruetur ne pro altero mulieres inquietentur.*

15 ¶ Y en nuestro caso procede esto mas sin duda, porque se trata de exonerar al Marques del legado de los dos mil ducados, que aun su padre de don Gaspar se escusara de pagarle, teniendo bienes bastantes, con los interesses de la dicha dote, y los demas para sustentarse, porque los del dicho legado eran para el mismo efecto, vt probat Amanell. de claris aquis, singul. 182. Surd. de alimen. titul. 7. quæst. 7. nu. 4. Dom. Molin. de primog. lib. 2. cap. 15. num. 46. ibi: *Si enim aliundè siue ex arti ficio, seu aliàs dotem, seu alimenta percipere possint, parentes ab alimentorum, seu dotis solutione liberantur.*

16 ¶ Y quando las palabras de la clausula del Marques don Francisco no comprehendierã con expressión clara este caso, por ser la causa final (con que qualquiera disposicion se regulò, ex l. fin. cum vulgatis, ff. de hæred. instit.) el que tuuiesse don Gaspar con que alimentarse con los dichos dos mil ducados, se auia de restringir el dicho legado, y cessar luego que tuuo los dichos tres mil ducados de renta de la dote, y demas partidas, quia legatum alimentorũ restringitur, vel ampliatur secundùm causam, propter quam est factum, l. cum pater, §. dulcissimis, vbi Bart. & alij, ff. de legat. 2. idem Bart. in l. regula, §. & licet, ff. de iur. & fact. ignor. & cum alijs, Surd. dict. tract. de alimen. quæst. 36. n. 12. porque dize el testador; *Y si por algun acontecimiẽto el dicho don Gaspar tuuiere mas de tres mil ducados de renta, los dichos dos mil ducados no se le han de dar:*

que

que ſon palabras que inſinuã el animo que tuuo el Marques don Franciſco, de que ceſſaſſe el dicho legado con la dicha renta, pues dize que ſi la tuuiere por algun acõtecimiento no ſe le aya de dar, el dicho legado comprehẽde eſte y otro qualquiera, ex ſupra relatis num. 1.

17 ¶ Y eſta voluntad deue interpretarſe aſſi, confirmandola con lo que eſtà diſpueſto por derecho, como lo inſinuan claramente las palabras de la clauſula que eſtã referidas, por lo miſmo que el teſtador diſpuſo, mandando que ceſſaſe el legado, luego que tuuieſſe don Gaſpar tres mil ducados de renta con que ſuſtentarſe. Diſpone el derecho en todos los caſos de alimẽtos, l. extraneo, ff. de ventr. in poſſ. milit. l. 1. §. ſed nonnullos, ff. de tut. & rat. diſtrah. l. fin. C. de ord. cognit. & in dictis iuribus ſcribentes, Couarr. pract. cap. 6. nu. 6. Tellus Fern. in l. 10. Taur. n. 10. Ceruant. ibidem n. 49. Gaill, lib. 2. obſeruat. 88. num. 9. Dom. Molin. lib. 2. c. 16. num. 46. Valaſc. conſult. 1. n. 6. Cæſar Barcius, deciſ. Bonon. 69. nu. 15. & 30. Dom. Caſtillo, controu. cap. 27. num. 4 cum pluribus ſequent. tom. 3.

18 ¶ El tercero fundamento es dezir, que los mil y docientos eſcudos de la Armada Real no los cobrò don Gaſpar, porque era meneſter, como dize la cedula, que ſiruiera en ella para cobrarlos, y no lo hizo, y que aſsi no ſe deuieron reputar por renta propia, por no auerlos adquirido, aunque eſtuuo en ſu voluntad el hazerlo, y podia con facilidad, cumpliendo con la condicion de la dicha cedula, ex l. qui autem, ff. quæ in fraud. credit. cum vulgatis.

19 ¶ A que ſe reſponde, que enlos terminos de que vamos hablando, baſta ſolamente el derecho de poder adquirir, para que eo ipſo eſtu-

uiesse constituydo en obligacion don Gaspar de hazerlo, porque el dicho legado era para alimẽtos, & vbicumque eorum adest, obligatio cessat, si ex arte, vel industria possunt inueniri, l. si quis á liberis, §. sed si filius, ff. de liber. agnos. glos. in l. si quis argentum, §. 1. C. de donat. Surd. de aliment. tom. 1. quæst. 88. num. 31. & alij relati à Surdo, vbi proximè Dom. Molin. cum Dom. Couarr. & alij iam citatus, dict. lib. 2. cap. 15. num. 46. Lara de Corduba, in dict. l. si quis, §. sed si filius, num. 123.

20 ¶ Y esta es la razon porque la dicha ley, qui autem, y los demas textos que le concuerdã, no impugnan nuestra opinion, porque es conclusion cierta, que quando por razon de la causa de que se trata, està obligado a adquirir, el que tiene accion para ello, ha de ser condenado dela misma manera que si huuiera adquirido, vt in l. in fraudé, ff. de iur. fisc. l. sed etsi lege, §. perinde, ff. de petit. hæredit. Bart. in dict. l. qui autem, in princip. elegãter probat Pater Thom. Sanch. in præcept. decal. lib. 2. cap. 14. a n. 52.

21 ¶ Y es sin duda, que si el testador viera, que su nieto cumplia la renta de los tres mil ducados, con seruir en la Armada Real, y que por culpa suya (como se sabe) no seruia, que no solo mandara cessar los dos mil ducados del legado, pero lo trataria aspera y rigurosamente. Y assi por todos caminos nostra debet amplecti sententia, quasi verissimilis testatoris voluntas, l. iam hoc iure, ff. de vulg. & pupill. l. tale pactum, in fine, ff. de pactis, l. cum proponebatur, ff. de legat. 2. plura cumulat Mant. de coniect. vltim. volunt. lib. 3. tit. 3. num. 10.

22 ¶ Y no solo por la verisimil voluntad, sino por precissa interpretacion y disposicion de derecho, deuio cessar el legado hecho, por causa de

de los alimentos, computandose en la renta lo que don Gaspar tuuo de sueldo por la merced del Rey, porque siendo ocupacion tan honrosa, y tan digna de su calidad, y estando en su mano el gozar della siruiẽdo, se ha de juzgar de la misma manera que si la gozasse, porque en esta materia cessa qualquiera obligacion que conuiene a causa de alimentos, si filius possit se aliunde exiberi, ocupandose en el seruicio del Rey, o en otros ministerios decentes y proporcionados a su edad y calidad, y assi entiendẽ el texto, in l. si quis a liberis, §. sed si filius, ff. de lib. agnoscend. donde la glos. verbo *Vt operi*, y los DD. comunmente resueluen, que cessa la obligacion de dar los alimentos, no solo quando el hijo, ex industria, aut ministerio suo, tiene actualmente con que sustentarse, sino quando puede tenerlo, y lo omite por su negligẽcia y culpa, eleganter Curt. iun. cons. 148. num. 5. donde dize: *Quod filius nõ est à patre alendus, si potest viuere in aula Principis, vel eundo ad bellum.* Anton. Thesaur. decis. 211. n. 20. vbi alios adducit Philip. Dec. cons. 576. nu. 3. Calcan. cons. 62. num. 14.

SECVNDVS ARTICVLVS.

23 ¶ Corre en este con llaneza el assumpto prosupuesto, para en caso que sin embargo de lo alegado en el antecedente, tenga alguna obligacion el Marques por razon del dicho legado: pues ha de ser proporcionada a la diminuciõ de bienes con que se halla el augmẽto, que es la causa de la dicha obligacion, por no tener otra el Marques, ni auersela puesto el testador, mas que la succession particular de los dichos bienes, vt in terminis de alimentis tenet Surd titul. 7. quæst. 31. num. 9. Francisc. Marc. decis. Delphinat.

phinat. 323. num 2. asserit, quod quamuis non fiat inuentarium ab hærede, attenditur bonorum substantia, ex quibus debentur alimenta. Y Surdo en el num. 11. cum Baldo, y otros, dize, que es demanera el atender a los bienes solamente, de que ay obligacion a dar alimentos, que aunque sean pocos, se dan proporcionadamente a ellos, teniendo otros muchos el posseedor, eleganter Giurba, decis. 5. per totam, maximè num. 46. ibi: *Aut collateralis contra collateralem patris sui hæredem, agit super alimentis, super patris, vel communis aui bonis ad eum vti hæredem peruenientis, & tùnc collateralem, ad allendum collateralem suum teneri, non est dubium? Quia onus quod patri inerat, ad hæredem transit pro mensura substantiæ, & paternam rem ipsam sequitur.* Vincent de Franch. decis. 178. num. 11. & 12. Mastril. decis. 85. nu. 1. & num. 41. donde resuelue, *quod relinquitur arbitrio iudicis alimentorum taxatio, attenta qualitate fructuum, qui percipiuntur ex bonis super quibus alimenta debentur.*

24 ¶ Y en terminos de tierras tributarias, que con el tiempo se han puesto de peor condicion, es texto elegãte la ley 2. C. de alluuionib. ibi: *Si quos inundatio nili fluminis reddidit ditiores pro terris, quas possident, tributorum præstationem agnoscant, & qui suum deplorant patrimonium diminutũ, alieno saltim functionis onere liberentur.* l. cura. §. deficiẽtiũ, ff. de munerib. & honorib. l. omnes, la 1. C. de annon. & tribut. l. forma, §. illam, ff. de censib. que dizen, que de equidad han de ser releuadas las personas que no tienen de que pagar tanto tributo como pagauan.

25 ¶ Y en los Beneficios, quando se menoscauan sus rentas, se disminuyen las cargas que dellas se pagan, vt testantur Gigas, de pensionib. quæst. 35. num. 8. vbi allegat Romanum,

& quam

& quam plura fundamenta, Dom. Lara, de aniuers. lib. 1. cap. 15. que seria la cosa mas rigurosa que puede dezirse, condenar al Marques por entero en la paga del dicho legado, estando tan minorados todos los bienes en que està situada, como consta del memorial del Relator, assistiẽdole tantas disposiciones juridicas, releuantes de la dicha obligacion.

26 ¶ Corroborase la justicia del Marques, con dos textos elegantissimos, que son, l. cum pater, 78. §. cum existimaret, ff. de leg. 2. l. is qui vnum, ff. de iur. codicill. donde se minoraron los legados que el testador dexò por mitad, por auer sucedido su heredero en la mitad de los bienes, de todos los en que entendio que auia de suceder, que es lo mismo que a sucedido en este caso: pues el Marques don Francisco vinculò todos los bienes del dicho augmento, a fin de que sus successores sucediessen en todos sin ninguna diminucion, que es vno de los que tienen los instituydores de Mayorazgos, y assi no entendio que auia de suceder el Marques don Pedro con ella, y deue ser exonerado proporcianadamente a la deterioracion que tienen los bienes del dicho mayorazgo, en la paga del dicho legado, verba textus in dict. §. *Cum existimaret ad solam consobrinam suam bona peruentura, codicillis ad eam factis pluribus fideicommissa reliquerat iure successionis ad duos eiusdem gradus possessione deuoluta rationibus æquitatis, & perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem releuandam respondi*, & dict. l. *is qui vnum filium habebat, cum codicillos ad eum scripsisset, decessit intestatus hærede eo, & quem postea procreauit agnatione sui hæredis, nemo dixerit codicillos euanuisse, igitur si nihil tunc de posthumis sperauit, & codicilli non euanescent, & quæ relicta sunt pro parte dimidia, filius ad quem codicillus factus est soluere compellitur.*

tur. Et inferius, *quoniam ille non fuerit filio ablaturus ni solum putaret successorem sibi futurum.* Iacob. Mandel. Alben. cons. 596. num. 3. ibi: *Et quamuis in casu nostro adscripserit testator totum onus de Selaphenato, eueniente casu fideicommissi, prout postea euenit censetur id fecisse existimans, quod dominus Selaphenatus consequeretur totum fideicommissum; idest supradictus perticas trecentas, vt euidenter patet ex tenore testamenti. Propterea si deficit ei aliqua pars bonorum eorum, debet etiam ei diminui tertia pars oneris pro rata; non solum propter supradictam regulam, quod onus sequitur rem; verumetiam quia quælibet dispositio testatoris debet intelligi, vt procedat si verificatur casus, quem præsupponit testator debere verificari, debet dispositio secundum euetus talis casus limitari, & moderari, l. quo loco, §. 1. vbi Bart. ff. de reg. iur. & latius tradit ipse Bart. in l. quoties, §. si duo, num. 4. vers. Quæro testator instituit, vbi inter cætera ait Bart. fieri debere interpretationem habita ratione illius casus, quem existimabat testrtor debere euenire.* que es determinacion en terminos deste pleyto. Y en el caso que aconsejò Mandelo, aun tenia mas dificultad, por auer sucedido la diminució del fideicómisso, por culpa de Selaphenato que comprometio la causa, y los arbitros le quitaron de lo que el testador le auia mandado, la vna parte. Y aqui como consta del memorial del Relator, num. no ha sido por culpa de fideicommissario, que oy possee, porq los bienes vinieron a su padre en la forma que estan.

27 ¶ Secundò corroboratur etiam, porque el grauamen puesto al dicho augmento de Mayorazgo, se ha de entender estando en el mismo estado que tenia tempore dispositionis, cum legata videntur accipienda rebus sic extantibus, l. Paula 27. §. 1. ff. de legat 3. l. Meuia, §. fin. ff. de annu. leg. l. in confirmando, ff. de confirm.

tutor.

tutor. Surd. cons. 68. num. 18. Ias. in l. quod seruius, ff. de condit. caus. dat. num. 9. vbi inquit: *Hanc regulam generaliter procedere, vt mutato rerum statu, videatur iudicem de facili recedere posse à volũtate testatoris scripta in testamento, quia ad eum volũtatis quæstio pertinet*, l. voluntatis, C. de fideicõmiss. Mantica, de coniect. vltim. volunt. lib. 3. tit. 3. num. 13.

28 ¶ Tertiò, porque el Marques don Francisco, dize: *Mando a don Gaspar, mi nieto segundo, de las rentas del dicho Mayorazgo, que yo y la dicha Marquesa doña Brianda de Guzman hizimos, dos mil ducados*, que es precisso que la quiebra y disminuciõ de las dichas rentas toque al dicho legado, por estar insito y dependiente dellas, porque el intẽto fue, q̃ se le diessen los dos mil ducados de todas las que el testador dexò. Y no auiendo sucedido el Marques don Pedro en todas, es fuerça, que pro rata de la falta dellas, se disminuyan los dichos dos mil ducados, vt considerat glos. in l. Plautius 43. ff. de conditionib. & demonstrat. verbo *tanto minus*, l. pœnales, §. fin. ff. ad l. falcid. l. qui hæredi 44. §. si pars, ff. de conditionib. & demonstrat. ibi: *Si pars rei legatæ vsucapta sit, an in solidum parendum sit dubito, & potest dici pro parte parendum ex sententia testatoris*: quasi vellit dicere, que auiendo quiebra en la cosa dexada, la ay en el grauamen en ella puesto por voluntad del testador, pues no se puede presumir, que si supiera auia de auer la dicha quiebra pusiera tanta carga, quem textum ad propositum adducit glos. in dict. l. Plautius, verbo *tanto*, ibi: *idem videtur, etsi alio modo minuatur*, vbi Paul. Castrens. in princi.

TERTIVS ARTICVLVS.

29 ¶ Pretende la parte contraria, q̃ no solo

se

se deue confirmar la sentencia de vista, en quanto auer condenado al Marques, en los interesses de las ochocientos mil marauedis del legado del Mariscal de Castilla, desde el dia de la contestacion. Pero que se ha de reformar mandando pagarlos, desde que don Gaspar se casò, y no solo no se deue hazer ansi, mas absoluer al Marques de vnos y otros interesses, porque en el mismo tiempo que se podian causar, estaua pagando en cada vn año, de alimentos quatrocientos ducados, que montauan mucho mas que los interesses que pudieran causar las dichas ochocientas mil marauedis; in terminis probat Zephal. cõs. 85. num. 1. & 2. tom. 1. Lara, l. si quis à liberis, §. si mater, num. 35. ff. de liber. agnoscend. cum alijs Surd. de aliment. titul. 6. q. 12. n. 26.

30 ¶ Rursus, quando con los dichos alimentos no estuuieran compensados los interesses de las ochocientas mil marauedis, y se tuuiera este legado por de la misma calidad que dote, supuesto que don Gaspar no lo pidio luego que se casò, hasta passado el biennio, no auia lugar el pidir los interesses del, quoniam tunc contrahitur mora irregularis, l. fin. §. præterea, C. de iur. dot glos. & DD. in l. de diuisione, ff. solut. matrim. Bald. cons. 474. n. 3.

31 ¶ Y esta auia de ser constando del pleyto que el Marques auia sabido, luego al punto el casamiento de su hermano. Porque en el caso del dicho §. præterea, para contraherse la dicha mora irregular, es sabidor del casamiento, y ofrece la dote para el, el que incurre en ella, aliàs ignorandolo. Y la obligacion de dar la dote para ayudar a sustentar las cargas del matrimonio no puede darse mora irregular, por resultar ministerio legis, & temporis definiti decursu, qui non dantur contra ignorantes, l. quinquaginta,

iuncta

iũcta glos. 1. ff. de excusat. tutor. l. quinquaginta, C. eod. & ibi Salicet. circa medium, §. qui autẽ, ibi: *Ex quo cognouerunt*. Inst. eod. l. quidam decedens, §. fin. ff. de administrat. tutor. Ludouic. Roman. cons. 228. pro plena, num. 2. plura cumulat Quintil. Mandos. regul. Chancell. 34. de annal. n. 2. & 3.

32 ¶ Y que lo estuuiesse el Marques, se presume de derecho, por estar ausente, quia scientia in eo non datur, vt probat decis. Rotæ, 800. à num. 13. pluribus adductis, par. 1. diuers. Y assi hasta la contestacion dela demanda, no se puede dezir està justificada para el decurso de las vsuras, por no poder darse mora irregular cõtra el ignorante, como se presume que el Marques lo estaua. Y la regular tampoco se pudo dar, por no auer auido interpelacion hasta entonces.

33 ¶ Demas de que la verdadera resoluciõ, y la que se ajusta a los terminos del pleyto, es no deuerse hasta el dia de la contestacion, porque son de legado, de que no se pueden pedir hasta entonces, l. 1. & fin. C. de vsur. legat. Dom. Couarr. lib. 3. variar. cap. 1. num. 9. vers. Quod si legatarius, Rodriguez, de annu. reddit. lib. 3. quæst. 7. num. 115. in terminis Fontanell. de pactis nupt. tom. 2. claus. 6. glos. 3. par. 3. n. 31. *Fuit facta condemnatio de soluenda quantitate, cum interesse a die litis motæ.*

34 ¶ De que resulta no deuerse los dichos interesses, y que considerados los que podian ser desde el dia de la contestacion, y compensados con los quatrocientos ducados en cada vn año, que el Marques daua a su hermano, lo restante dello se ha de compensar asi mismo con parte proporcionada de lo que justamente el Marques deuiere pagar del legado de los dos mil ducados. Porque el darle los dichos quatrocientos du

cados, fue por entender que no tenia don Gaspar con que alimentarse, y no se le dieran, ni se le denieran, si el Marques se considerasse deudor en aquel tiempo, por razō del legado de los dos mil ducados para sus alimentos. Y assi constando que los dichos quatrocientos ducados se dieron por razon dellos, se deuen compensar con los marauedis que el Marques huuiere de pagar del dicho legado de dos mil ducados; ex doctrina Doctorum, in l. Neseniüs, §. 1. ff. de negot. gest. & Petr. Surd. titul. 6. de alimen. quæst. 12. per totam, sin que obste la dicha cosa juzgada, por cessar la causa della, y poder el Marques repetir los dichos quatrociētos ducados, l. si fullo, ff. de condit. sin. caus. ibi: *An autem, & condicere possit quæsitum est, quia non indebitum dedit, nisi forte, quasi sine causa.* ibi: glos. scilicet, *perseueranti.* Et Bart. ibi, num. 1. *Sed quando per condictionem non dicitur iniusta sententia, sed dicitur, quod causa sententiæ deuenit ad non causam; tunc datur condictio sine causa, & hic est casus,* & l. in commodato, §. fin. l. rem mihi, ff. commod. idem Bart. & DD. in l. 1. C. de condict. indeb. idem in l. si sine, in princ. ff. rem ratam hab. Dom. Gregor. Lop. glos. verb. *fue fecho*, tit. 14. par. 5. l. 23. ibi: *Si tamen nō impugnaret sententiam, sed prætenderet, quod causa ex qua lata fuit sententia, deuenit ad non causam: tunc bene admittetur.* Surd. cons. 125. nu. 56. & cons. 134. num. 10. & 11. tom. 1. & cons. 268. ex num. 27. cum sequent. tom. 2. idem Surd. decis. 289. nu. 18. & decis. 268. num. 16. & 17.

36 ¶ Y seria cosa rigurosa cōdenar al Marques, por razon del legado de los dos mil ducados de alimentos, y no baxarle los dichos quatrocientos, siendo todos mandados dar por vn mismo tiempo, y estando su casa tan pobre (y de presente mucho mas como es notorio) que sola-

solamente parecio a los Señores, que mandarõ dar los dichos alimentos, se podia condenar en los dichos quatrocientos ducados, no teniendo don Gaspar entonces bienes algunos de que poderse alimentar, los quales es cierto que no hizieran la dicha condenacion, si al mismo tiempo don Gaspar tratara deste pleyto. Y assi espe ramos, que baxando la dicha cantidad de la moderacion que se deue hazer del dicho legado, como fundamos en el segundo articulo, en caso que no se atendiesse (como deue atenderse) a lo alegado en el primero, y de los interesses desde el dia de la contestaciõ del legado del Mariscal, se ha de determinar este pleyto, conforme a las pretensiones, y defensas justas del Marques. Salua in omnibus, &c.

Lic. Bermudez de Castro.

Lic. don Gonçalo Fernandez de Villalta.